

A INVERSÃO PROBATÓRIA NO CDC E A HERMENÊUTICA JURÍDICA

THE REVERSE PROBATIVE CDC AND THE LEGAL HERMENEUTICS

Rodrigo Ribeiro Romano*

RESUMO: O presente artigo revela uma proposta de adequação de conceitos provenientes da Hermenêutica Jurídica à seara processual das lides de consumo. Através da percepção de que a norma jurídica é construída pela ação criativa do intérprete e de que a legitimidade do sentido proposto depende de uma ação argumentativa, se faz possível vencer as implicações da dualidade doutrinária e jurisprudencial (regra de procedimento ou regra de julgamento) acerca do adequado momento de inversão do ônus da prova nas ações de consumo. A racionalidade da presente proposta exige a delimitação de um campo de atuação da norma (contida no programa normativo do Art. 6º, VIII, da Lei Federal nº. 8.078/90) ora produzida; o qual se vislumbra às lides indenizatórias de fato de produto ou serviço – posto que diante dos ensinamentos sobre o ônus da prova enunciados por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao fornecedor cabe a prova do defeito do produto/serviço (Art. 12, §3.º e Art. 14, §3.º do CDC). Deste modo, ante o fato do produto ou serviço exposto no processo pelo consumidor, a inversão do ônus probatório poderia ser declarada quando da sentença, uma vez presente o requisito da verossimilhança da alegação, ou a inversão poderia ser declarada antes da dilação probatória, como regra de procedimento, visto a presença da hipossuficiência técnica do consumidor. A hipossuficiência, desta feita, importaria, quando verificada, situação de não esclarecimento da relação de causalidade sobre o fato de serviço/produto.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Responsabilidade Civil do Fornecedor. Momento de Inversão da Distribuição do Ônus da Prova.

ABSTRACT: This article reveals a proposed adequacy of concepts from the Legal Hermeneutics to the harvest procedure of the labors of consumption. Through the perception that the legal standard is built by creative action of the interpreter and that legitimacy depends on the direction of a proposed action argumentative if it can overcome the implications of duality doctrine and jurisprudence (rule of trial procedure or rule) on the appropriate time to reverse the burden of proof in actions of consumption. The rationality of this proposal requires the definition of a playing field of the rule (contained in the legislative program of Art. 6 th, VIII, Federal Law no. 8.078/90) sometimes produced, which is glimpsed the labors of the fact indemnity product or service - since before the teachings of the burden of proof enunciated by Luiz Guilherme Marinoni and Sergio Cruz Arenhart, it is the supplier to prove the defect of the product / service (Art. 12, § 3. and Art. 14, § 3 . of the CDC). Thus, compared to the fact that the product or service exposed by the consumer in the process, reversing the burden of evidence could be declared when the sentence, since this requirement of likelihood of pleading, or reversal could be declared before the extension of evidential value, as rule of procedure, since the presence of incapable technical consumer. The incapable this time, when checked state of mind not of causal explanation about the fact that service / product.

Keywords: Contemporary Legal y Hermeneutic. Civil responsibility of the Supplier. Inversion of the Moment Distribution of Onus of the Proof.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA; 3 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA; 4 MOMENTO ADEQUADO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

* Metrandu em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN e Cientista Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Advogado. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo revela uma proposta de implantação de uma perspectiva processual aliada aos anseios da sociedade de massa no que tange ao momento mais adequado para a aplicabilidade da inversão do ônus da prova, regulado pelo Art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/90.

A questão relativa ao momento de inversão do ônus da prova predeterminada na referida Lei Federal – também conhecida pela denominação Código de Defesa do Consumidor (CDC) – deve ser investigada levando-se em conta que uma lide de consumo exige (além uma celeridade própria da sociedade de massa) técnicas processuais que permitam a paridade de armas dos litigantes.

A racionalidade da proposta deste artigo se fundamenta na delimitação de um campo de atuação da norma contida no enunciado normativo do Art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/90. Trata-se, antes de tudo de, uma adequação de conceitos provenientes da Hermenêutica Jurídica à seara processual das lides de consumo.

Assim, pela premissa de que a norma jurídica é construída pela ação criativa do intérprete e de que a legitimidade do sentido proposto depende de uma ação argumentativa coerente com os valores constitucionais, notadamente com a concretização do direito fundamental de defesa (Art. 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88), se permite propor duas modalidades de inversão probatória, a depender do requisito normativo utilizado: “verossimilhança” ou “hipossuficiência”.

Logo, a inversão do ônus da prova pode ser declarada na sentença quando presente o requisito da verossimilhança da alegação, bem como, a inversão da prova, pode ser declarada antes da dilação probatória, como regra de procedimento, à presença da hipossuficiência técnica do consumidor.

Desta feita, o presente artigo, por uma questão de didática, é dividido em três tópicos: a) Da Hermenêutica Jurídica, que estabelece a premissa do artigo, posto este trabalho se apoiar em um modelo filosófico de hermenêutica jurídica que legitima a construção normativa pelo intérprete; b) Da Inversão do ônus da prova, em que se empreende um estudo do Art. 6, VIII, da Lei Federal nº 8.078/90, em especial ao instituto que define a inversão do ônus *probandi*, bem como se vislumbra os diversos momentos para a aplicabilidade deste instituto; c) Momento adequado para inversão do ônus da prova, conclusão do presente artigo,

vez que se configura a construção normativa do Art. 6, VIII, do CDC, aliando a celeridade processual e a paridade de armas dos litigantes.

2 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A perspectiva que pauta o momento adequado da inversão do ônus da prova no presente artigo somente é possível pela concretização de pautas constitucionais. Pela permissão, Hermenêutica, de construção da norma adequada.

É preciso estabelecer algumas premissas.

A Hermenêutica Jurídica, lastreada na Hermenêutica Contemporânea¹, vislumbra que a norma jurídica é produto da atividade interpretativa².

As normas jurídicas são sentidos (proposições) construídos a partir dos textos (enunciados) do sistema do Direito Positivo, observada a realidade social. Regula condutas “como obrigatória, proibida ou permitida diante da ocorrência do relato do evento descrito ou do valor referido no antecedente normativo” (FRANÇA, 2007, p. 23). De modo que o texto positivado é apenas uma norma em potência. A norma jurídica em sentido estrito é estruturada de modo hipotético-condicional, no qual há: um antecedente normativo que descreve o evento da realidade ou refere-se a um valor; e um consequente normativo, que qualifica a conduta como obrigatória, proibida ou permitida, ante a ocorrência do antecedente (FRANÇA, 2007).

A produção da norma, no entanto, não é de tal maneira arbitrária. Tem como partida e limite criativo o enunciado normativo. Deste modo, Grau (2006, p. 86)³, preceitua que “o produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado”.

A interpretação é uma ação mediadora que busca compreender o que foi dito ou escrito por outrem. Trata-se de uma escolha de proposições (sentidos), e que, para adquirir

¹ A Hermenêutica Jurídica Contemporânea se desenvolve da Hermenêutica Filosófica. A Hermenêutica Filosófica possui data muito recente, e é creditada a Hans-Georg Gadamer e a Paul Ricoeur. Situa-se como ramo da Filosofia que busca a investigação da verdade em razão da elaboração e interpretação de conceitos, busca de sentidos e significados. Assim, “tanto na palavra *sentido* como na palavra *significado* está implícita a idéia de linguagem como um todo. Se precisamos do sentido e do significado para conhecer, isto significa que precisamos da linguagem para podermos conhecer” (STEIN, 1996, p. 26). Na lição de Richard Palmer, trata-se de uma proposta hermenêutica que “chega à sua dimensão mais autêntica, quando deixa de ser um conjunto de artifícios e técnicas de explicação de texto e quando tenta ver o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação” (1999, p. 19).

² Neste sentido, Cambi (2010, p. 108), para quem, “a norma jurídica somente adquire normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável aos casos concretos. Ou melhor, concretização da norma é construção da norma”.

³ Na atividade interpretativa, “o interprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação” (GADAMER apud GRAU, 2006, p. 87).

legitimidade, necessita se fundamentar em proposições morais aceitas pela comunidade⁴. A interpretação é, portanto, ação moral.

Nestes termos, “a tarefa da decisão moral é acertar com o adequado em uma situação concreta, isto é ver o que nela é correto fazê-lo” (GADAMER, 2003, p. 43).

A decisão razoável, aquela que produz a norma adequada, é, segundo Perelman (apud CAMARGO, 2003), a que apresenta melhor condição de se impor pela força do seu argumento.

Camargo (2003, p. 254), para quem, “a interpretação que prevalece é a do argumento mais forte, ou seja, aquele que, ao menos num determinado momento, apresenta-se como irrefutável; e irrefutável porque coadunado com os valores admitidos pela sociedade ou mesmo por um determinado grupo”.

As decisões fundamentadas na CRFB/88 são razoáveis porque são impostas pela força do argumento. Daí porque são aceitas, e, portanto, legítimas.

A CRFB/88 – enquanto norma jurídica fundamental que disciplina a relação do indivíduo com as autoridades ou órgãos estatais – consagra valores⁵ que sedimentam os direitos fundamentais⁶.

Desse modo, impor uma construção normativa adequada – através de uma argumentação pautada na Constituição – é concretizar os valores positivados no conteúdo do Direitos Fundamentais.

A construção normativa do momento adequado de inversão do ônus da prova nas relações de consumo pressupõe a concretização do Direito Fundamental de Defesa. A partir deste Direito (Art. 5º, LV da CRFB/88), se impõe a criação de amplas oportunidades de participação das partes ao longo do processo.

O direito fundamental de defesa possui corolário no princípio da participação, o qual estabelece a exigência “que o Estado e todas as suas instâncias aperfeiçoem os seus atos através de procedimentos que permitam a participação real dos efetivamente atingidos e interessados (fundamento último do contraditório e da fundamentação das decisões)” (LAMY, 2009, p.319). Tanto o autor, como o réu, em um processo, possuem o direito de participar de

⁴ A possibilidade da compreensão do outro, reside justamente da natural condição humana de repartir vivências. Afinal, “a compreensão é indagar sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas” (CAMARGO, 2003, p. 20).

⁵ Se, é certo que a Constituição outorga valores, não é certo que os positivam de modo hierárquico.

⁶ Os direitos fundamentais são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerra caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 49).

forma efetiva e adequada do processo, e como tal, a norma processual deve permitir um adequado momento de produção de provas. Também é certo, que a concretização desta pauta constitucional, permite evidenciar direta aplicação dos princípios da celeridade e da paridade de armas na construção normativa.

3 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Adentro das diversas possibilidades interpretativas incentivadas pelos diversos enunciados jurídicos sobre o procedimento da dinâmica probatória, mister estabelecer algumas considerações.

A prova é tudo aquilo que pode influenciar de algum modo a formação da convicção do Juiz para decidir de uma forma ou de outra. O objeto da prova, segundo o ordenamento infraconstitucional, é exclusivamente o fato (Art. 332, CPC). Conforme aduz a doutrina processualista clássica, o Direito não se prova, posto ser este de conhecimento do Juiz⁷. Contudo, nem todos os fatos são passíveis de serem provados. Por respeito ao princípio da economia processual, o legislador pátrio determinou que somente as provas que demonstrem fatos relevantes para o julgamento da ação são deferidas e produzidas; e, mesmo entre tais fatos relevantes, não precisam ser provados os de conhecimento geral, incontrovertidos ou mesmo os presumidos legalmente (Art. 334, CPC).

Através das provas, segundo a processualística clássica, se atesta a existência (ou não) de algum fato do qual se pretende atribuir efeitos jurídicos.

A prova de fatos é requisito indispensável para a *alletéia*, abertura de sentido, do Magistrado sobre a situação da vida – “na qual se aplica a disposição textual. Alias, antes disso, trata-se de um meio retórico porque “destina-se a estabelecer diálogo entre as partes e o Estado-Juiz, necessário para a ‘fixação dos pontos controvertidos’” (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 52).

A responsabilidade pela prova dos fatos, na temática do CPC, é, desde antemão, pré-determinada. O Art. 333 do CPC estabelece a distribuição do ônus da prova da seguinte maneira: a) ao autor, incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito; b) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ônus é o agir de determinado modo para a satisfação de interesse próprio, evitando-se uma situação de desvantagem. Assim, cabe a quem tem o ônus provar. O ônus da

⁷ A não ser quando, pelo Art. 337 do Código de Processo Civil do ordenamento jurídico pátrio, à necessidade de apuração de vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

prova é a possibilidade de a parte praticar atos para seu próprio benefício; e, todavia, também sofrer consequências legais pela omissão da prática de tais atos. Difere-se, desse modo, da obrigação da faculdade. Na lição de Lopes (2000), uma obrigação seria a subordinação de um interesse próprio a outro alheio, ao passo que o ônus seria uma subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio.

Na Ciência do Processo Judicial, são inúmeras as teorias sobre a distribuição do ônus da prova, das quais, o CPC de 1973 adotou o critério vislumbrado por Chiovenda (MARINONI; ARENHART, 2009), para quem, em respeito à igualdade das partes, o ônus de afirmar e provar se distribui entre as partes de modo que cada um tem o encargo de provar os fatos que pretende ver considerados pelo Juiz.

A ideia de ônus da prova, segundo Patti, citado por Marinoni e Arenhart (2009)⁸, não deve ser encarada como uma relação de necessidade, mas sim, como uma relação de chances de provimento, como adiante se demonstrará.

O regramento expressado pelo CPC, entretanto, tem sistemática excepcionada quando se trata de lides de consumo. Com efeito, o Art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/90 possibilita a inversão do ônus da prova, seja por um meio convencional⁹, seja judicialmente – quando a Lei permite que o Juiz altere a distribuição do ônus da prova.

Nestes termos:

Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Mesmo que tal inversão dependa de ato do juiz, trata-se de um direito conferido ao consumidor para facilitação de sua defesa no processo, desde que presentes um dos requisitos legais determinados, quais sejam: a) verossimilhança da alegação do consumidor; ou b) hipossuficiência do consumidor, aferida segundo as regras ordinárias de experiência¹⁰.

⁸ Desse modo, “a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir para se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, mas o aumento do risco de um julgamento contrário” (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 164-165).

⁹ Desde que se trate de direito disponível e que também não sobrecarregue a parte com uma prova muito difícil.

¹⁰ Há, contudo, posição diversa. Para Gidi (1995, p.13-34), verifica que a utilização da partícula “ou” na letra da lei tem um sentido aditivo, posto afirmar que “verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade”.

Aliás, é importante pontuar o contexto em que estes requisitos são utilizados, ou melhor, quais as razões de distribuição e inversão do ônus probatório com a natureza das relações de consumo e a posição ocupada nestas, pelo consumidor.

Primeiro, é preciso deixar bem “claro que o fato de o consumidor não precisar provar culpa diante do adimplemento imperfeito ou dos danos nada tem a ver com inversão do ônus da prova” (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 192).

Ao depois, é de se esclarecer que em ações de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, o consumidor é dispensado, por expressa menção do enunciado legal, de provar o defeito do produto ou do serviço.

A Lei Federal nº 8.078/90 procurou distinguir os termos “defeito” (Arts. 12 a 14) e “vício” (Arts. 18 a 20). Ao passo que “vícios” são características de qualidade e quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e que lhe importam diminuição do valor¹¹ (NUNES, 2008, p. 180). Os “defeitos” são “vícios” que potencialmente ensejam fatos lesivos a esfera jurídica material, moral, estética ou à imagem do consumidor.

O “defeito” é o vício encarado sob a perspectiva da responsabilidade civil do fornecedor; por fato criado pelo vício do produto ou serviço.

No caso de responsabilidade pelo fato do produto, o Art. 12, § 3º, da Lei Federal nº 8.078/90 prenuncia que: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I) que não colocou o produto no mercado; II) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”; e no caso de responsabilidade por fato de serviço, diz o Art. 14, §3º, da Lei Federal nº 8.078/90: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Observa-se, assim, que, em se tratando de responsabilidade por fato de produto/serviço, o consumidor não precisa provar o defeito, ou seja, o vício do produto/serviço que enseja o fato lesivo. Cabe ao fornecedor o ônus da prova da ausência de defeito. Neste ponto específico, não há que se falar em inversão do ônus probatório pelo Juiz, visto que a Lei já inverte o ônus probatório.

No REsp. 802.832/MG, em voto proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino atenta para esta distinção ao

¹¹ Do mesmo modo, são considerados “vícios” os decorrentes da disparidade em relação às indicações constantes em embalagens, recipientes, etc.

elucidar que as situações elencadas nos enunciados normativos dos artigos 12, §3º, II e 14, §3º, I da Lei Federal nº 8.078/90 constituem inversão decorrente da Lei (*ope legis*)¹², motivo pelo qual, não há que se conhecer da inversão por via judicial (*ope judicis*) do ônus da prova estabelecida no Art. 6º, VIII da Lei Federal nº 8.078/90.

No entanto, não obstante concordar com o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no tocante ao ônus da prova do fornecedor decorrente de Lei do Vício do Produto/Serviço que enseja o fato lesivo; ainda se faz preciso avaliar a quem cabe o ônus da prova do nexo de causalidade entre o dano e o fato lesivo. Isto porque, não haveria, pois, uma inversão *ope legis* para todos os elementos da responsabilidade civil nas hipóteses descritas pelos Arts. 12, §3º, II e 14, §3º, I da Lei Federal nº 8.078/90.

É sobre esta preocupação que repousa o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, em voto proferido no REsp. 422778-SP, perante a Segunda Seção do STJ, para quem, caberia a inversão do ônus da prova, segundo o Art. 6º, VIII da Lei Federal nº 8.078/90, para fins de nexo causal entre o dano a ação do réu de fabricar o produto¹³.

Assim, acaso o fornecedor, réu, não consiga demonstrar a inexistência do defeito (do vício que enseja pretensão fato lesivo), se faz ainda imperioso comprovar a ligação entre o este defeito e o dano (MARINONI; ARENHART, 2009). Isto porque, a prova da ligação do defeito ao dano, visto que fato constitutivo do direito do autor, consumidor (Art. 333, CPC), é a priori, ônus deste.

É neste ponto que se pode verificar a inversão do ônus da prova. A prova da ligação do defeito (não elidido pelo fornecedor) ao dano patrimonial, moral, estético ou à imagem do consumidor, pode ser por demais custosa ao autor, ora consumidor¹⁴. Afinal, o fornecedor que contraria norma de proteção do consumidor e lança de produto/serviço com defeito, “assume o risco da dificuldade de prova de causalidade” (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 194).

¹² Nessas duas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador (“*ope legis*”) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei (STJ, REsp n. 802.832-MG, Terceira Turma, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, sessão de 13.4.2011).

¹³ Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (nexo causal entre o dano e a ação do réu de fabricar o produto), mas esta inversão tem por fundamento o Art. 6º, inciso VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado) (STJ, EREsp n. 422778-SP, Segunda Seção, relatora para o acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 21/06/2012).

¹⁴ “A inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil provar sua existência.” (MARINONI, 2007, p. 336).

Voltando ao enunciado normativo do Art. 6º, VIII da Lei Federal nº 8.078/90, é importante tentar estabelecer um sentido parcial para estes requisitos enunciados.

A verossimilhança é a aparência da verdade, sem, no entanto pretender ser verdade. Deste modo, pontua Camargo (2003, p. 21) que “a verossimilhança não depende de fatos ocorridos, mas da probabilidade da realização de um projeto”.

Na prudência de definir uma decisão comprometida com os requisitos de legitimidade de uma comunidade, projeto de ação, o julgador faz dispensar a busca pela verdade dos fatos, e, admite a aparência; como modo de se antecipar ao devir.

A decisão do intérprete que produz a norma, por ser técnica construída pelo “acordo sobre a escolha do significado que pareça mais adequado às partes discursivas; acordo este fundamentado em provas concretas e opiniões amplamente aceitas” (CARMARGO, 2003, p. 21-22).

A verossimilhança – que já é aceita pelo enunciado do Art. 334, CPC – não pode ser simplesmente negada, por se tratar de apenas uma probabilidade (e não verdade nua e crua). Aqueles que ainda a negam, cometem a falácia de argumentar com base na ignorância – *argumentum ad ignoratiam* – posto que “o fato de uma proposição nunca ter sido provada não faz dela uma proposição falsa” (WALTON, 2006, p. 59).

Daí que Marinoni e Arenhart (2009, p. 194) expressam que, como a verossimilhança está incrustada na natureza do direito, não seria um requisito do Art. 6º, VIII da Lei Federal nº 8.078/90 para inversão do ônus da prova, mas sim técnica de redução de exigência de provas:

Essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de provas, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova. Mas, o Art. 6º, VIII do CDC alude, expressamente, à possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil. Na verdade, quando esse Código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante ou que a inversão do ônus da prova pode ser utilizada como regra de juízo, ainda que ao réu não tenha sido dada a oportunidade para a produção de prova e que a convicção, que deu origem à decisão que inverteu o ônus da prova, seja apenas de verossimilhança.

Deste modo, pela constatação – que deve ser motivada em decisão (Art. 93, IX, CRFB/88) – de verossimilhança do alegado pelo consumidor, autor, o Juiz dispensa produção

de provas pelo réu, posto que a verossimilhança se atribui a “tudo aquilo em que a confiança é presumida” (REBOUL, 2004, p. 95)¹⁵.

No que tange a hipossuficiência, Ribeiro (2005, p. 47) pontua que acerca deste requisito legal, a doutrina aponta três concepções: a) informativa; b) técnica; c) econômica. Alega, no entanto, a Doutrina Brasileira consagra o aspecto técnico, “embora haja distinções, ainda que sutis, entre tais posicionamentos e aqueles favoráveis à hipossuficiência sob o aspecto informativo”. Observa que “a hipossuficiência técnica compreenda a hipossuficiência informativa, não obstante represente um nível mais elevado de incapacidade probatória por parte do consumidor¹⁶”.

O requisito de hipossuficiência, para Marinoni e Arenhart (2009), é somente verificado pela manutenção da situação de não esclarecimento da relação de causalidade (de ligação) entre o defeito e o dano causado. É analisado quando não se pode julgar o citado liame pela presença de verossimilhança –, ou pela insuficiência de provas trazidas pelo consumidor. Trata-se de um estado de permanência de dúvida que impede a presunção de confiança do alegado pelo autor, consumidor.

Assim, pelo dever de proteção ao hipossuficiente, que oriente a distribuição probatória pela paridade das armas, há inversão do ônus probatório.

4 MOMENTO ADEQUADO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A Lei é omissa no que diz respeito ao momento de inversão judicial do ônus da prova. A tradição jurídica insta por adequado o momento estabelecido em duas posições preponderantes: na decisão de saneamento do processo ou na sentença¹⁷.

Hoffman (2008, p. 238) assim resume tais propostas de compreensão do momento de adequado de inversão judicial do ônus da prova; a primeira, critério de julgamento e a segunda, critério de procedimento:

¹⁵ Continua Reboul (2004, p. 95-96) que “por exemplo, os juízes nem sempre são independentes, os médicos nem sempre capazes, os oradores nem sempre sinceros. Mas presume-se que o sejam; e, se alguém afirma o contrário, cabe-lhe o ônus da prova. Sem esse tipo de presunção, a vida seria impossível; e é a própria vida que rejeita o ceticismo”.

¹⁶ No que se refere à hipossuficiência econômica, Eich (2010): “Quanto à insuficiência econômica, alega-se de inversão do ônus da prova, pois a parte poderia pedir assistência judiciária gratuita, com isenção de custas despesas processuais, nestas incluídas as relativas às perícias e à obtenção de certidões, o que de certa forma, afastaria a hipossuficiência econômica como autorizadora da inversão do ônus da prova”.

¹⁷ Há quem entenda que o momento adequado para o Juiz determinar a inversão do ônus da prova é o despacho inicial. Este entendimento, minoritário, é defendido por Nogueira, para quem, “entendo que o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus da prova, e desta forma a fase processual em que o Juiz deverá se manifestar sobre a questão será no ato do primeiro despacho, que não se trata de mero despacho determinante da citação, mas decisão interlocutória, passível portanto de recurso de agravo” (1994).

São duas as situações envolvendo a definição da inversão do ônus da prova, uma relacionada ao momento em que o Juiz sabe, com certeza, que precisará lidar com a inversão (sentença); outra, em respeito ao contraditório, isonomia, ampla defesa e imparcialidade, na qual o Juiz adverte o fornecedor de que poderá presumir provados determinados fatos em favor do consumidor.

Importa agora explicitar, preliminarmente, estas teorias, para, ao depois, construir como conclusão a norma adequada para o momento de inversão, sob o raciocínio desenvolvido no tópico anterior.

A perspectiva de inversão do ônus probatório na sentença deriva da concepção de sentido do ônus da prova como regra de julgamento, ou seja: somente ao receber os autos para proferir sua decisão, deverá o Juiz averiguar a existência, nos autos, das provas que sustentam os argumentos ofertados, e, se não os existindo, deve verificara a quem incumbia o fazer a prova e não fez.

Seguindo este horizonte de sentido proposto, a inversão do ônus da prova antes do momento da sentença, implicaria um pré-julgamento. Grinover, citada por Zarif (2008, p. 40), afirma que da antecipação da inversão do ônus da prova pelo Magistrado, este, “estará não só pré-julgando a causa, o que o tornaria suspeito, mas eivando sua decisão de nulidade por ausência de motivação (Art. 93, IX, CRFB/88), uma vez que a cognição seria sumária e superficial¹⁸”. Para Pacífico (2001, p. 160), não há cerceamento de defesa caso a inversão se dê somente no momento da sentença, pois, “não nos parece constituir ofensa aos cânones constitucionais a inversão no momento da decisão. A partir do conteúdo da petição inicial – com a exposição da causa de pedir e do pedido – às partes envolvidas no processo é perfeitamente possível avaliar se há a possibilidade de aplicação das normas do Código do Consumidor ao caso concreto”. Este era o antigo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁹.

Os adeptos deste horizonte possuem como pré-juízo a perspectiva de que a regra do ônus da prova é relacionada ao Juiz, e, que “sua única função é a de viabilizar a decisão no caso de dúvida” (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 160). Patti citado por Marinoni e Arenhart (2009, p. 160) afirma que “tal regra confere ao Juiz a oportunidade de acolher ou

¹⁸ Trata-se, dizem os adeptos da segunda corrente, “de uma regra técnica para evitar o *non liquet* e que o fornecedor não pode alegar qualquer surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal. (SILVA, 2008p. 18/19).

¹⁹ Neste sentido, AgRg na MC 11.970/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi. Terceira Turma, julgado em 07.12.2006, DJ 18.12.2006 p. 357; REsp 422.778-SP, Rel. originário Ministro Castro Filho, Rel. para acórdão Ministro Nancy Andrichi, julgado em 19/6/2007; REsp 241831/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 20.08.2002, DJ 03.02.2003 p. 314

rejeitar a demanda quando, não obstante a atividade probatória das partes – ou mesmo na sua ausência –, ele esteja em dúvida em relação a ‘verdade’ dos fatos”.

Noutro passo, a perspectiva de sentido do critério do procedimento. Cambi (apud ZOLANDECK, 2005), ao ponderar sobre as garantias constitucionais – especialmente a do Art. 5º, LV – esclarece que a inversão do ônus probatório deve ser realizada na fase do saneamento do processo, mais precisamente na audiência preliminar, no momento em que a o Juiz fixa os pontos controvertidos. Ainda, para tal autor, nada impede que a inversão ocorra em momento posterior, se for respeitado o direito do fornecedor de produzir a prova contrária ainda em tempo, caso queira²⁰.

Kruger Filho (2006, p. 287-288), como consequência da garantia constitucional da ampla defesa – da inversão anterior a sentença, no despacho saneador – atesta que:

Por consistir numa regra de procedimento com força capaz de alterar a distribuição usual da carga probatória, em respeito ao princípio maior da ampla defesa, imprescindível que sua aplicação seja previamente anunciada, inclusive dando ciência ao demandado do ponto controvertido sobre o qual o ônus será invertido.

A divergência quanto à natureza jurídica da inversão do ônus da prova, no entanto, foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça. No EREsp nº 422778-SP, Segunda Seção, relatora para o acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 21/06/2012, ratificando entendimento esboçado no REsp 802.832-MG, e com isto a inversão da prova segundo critério do procedimento. Desta feita, a inversão deve ser realizada, preferencialmente, na fase de saneamento do processo ou que em outra oportunidade, desde que seja assegurada a parte um contraditório²¹.

²⁰ Neste sentido, os julgados à época da divergência jurisprudencial, que reputavam a regra da inversão do ônus da prova como regra de procedimento, ora determinada antes do termino da dilação probatória: REsp 881.651/BA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 592; REsp 662608/SP, Rel. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 05.02.2007 p. 242, REsp n. 802.832/MG, Terceira Turma, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, sessão de 13.4.2011.

²¹ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no Art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

Todavia, o aresto em questão não trabalha a complexidade da relação entre o nexo de causalidade (a que cabe o ônus) e a qualidade do requisito do Art. 6º, VIII da Lei Federal nº 8.078/90. Considera apenas o nexo de causalidade para fins de identificação da qualidade do fornecedor. É preciso, assim, uma compreensão analítica dos requisitos do Art. 6º, VIII da Lei Federal nº 8.078/90.

Desta forma, ao retorno dos pré-juízos expostos no ponto anterior, importa considerar o adequado momento de inversão judicial do ônus da prova depende da qualidade do requisito exposto no Art. 6º, VIII da Lei Federal nº 8.078/90, para constatar o liame entre o defeito do serviço/produto e o dano material, moral, estético ou à imagem do consumidor.

Uma vez o nexo de causalidade exposto em situação de verossimilhança pelo consumidor, presume-se confiança no alegado, e, assim, em sentença, o intérprete julgador, ao acolher o pedido indenizatório, deve declarar que se faz inexigível a produção de provas (das já produzidas) pelo réu²².

Logo, pelo convencimento da verossimilhança, aplica-se o critério de julgamento.

Todavia, quando o intérprete julgador vislumbra situações de impossibilidade técnica, seja porque impossível, seja porque muito difícil a comprovação do nexo de causalidade pelo consumidor – hipossuficiência –, recomenda a prudência que, uma vez sendo viável ao réu, “ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência” do liame, justifica-se a inversão na audiência preliminar (MARINONI, 2007, p. 337). Merece ser ressaltada que tais hipóteses de hipossuficiência somente devem ser consideradas pela não constatação de verossimilhança da alegação sobre o liame pelo consumidor, e, pela possibilidade de produção de provas pelo fornecedor.

Nesta situação, quando a inversão se legitima pelo critério da hipossuficiência, e vencida a hipótese de verossimilhança, trata-se de uma regra de procedimento.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no Art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, Art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no Art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

²² Tais provas produzidas pelo Réu, pelo óbvio do acolhimento da pretensão do autor, não foram passíveis de excluir eventual defeito.

Ao final, ainda merece a ressalva de Marinoni, para quando há casos em que a prova do liame é impossível ou muito difícil para ambos os litigantes e o Juiz não consegue alcançar uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Neste caso, como o Direito Material da Lei Federal nº 8.078/90 é de índole protetiva ao consumidor, ante a facticidade da sociedade de massas, se conclui que, porque o “esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor” (MARINONI, 2007, p. 337), a inversão ocorre na sentença. Nesta peculiar situação, não se fazem presentes os requisitos de verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor.

5 CONCLUSÃO

A construção normativa do momento adequado de inversão do ônus da prova nas ações consumo depende da sucessiva aplicação dos requisitos exposto pelo Art. 6º, VIII da Lei Federal nº 8.078/90. Tal aplicação é fruto de uma interpretação que alia a tradição jurídica e os anseios de uma sociedade de massas. É nada mais que conformar situações do pretérito (enunciado normativa do CPC e Código de Defesa do Consumidor – CDC) e presente (a célere dinâmica das relações da vida e a distribuição paritária de ônus probatório).

Acaso o intérprete julgador vislumbre no processo a verossimilhança das alegações do consumidor, se faz regra de julgamento. Ou seja, na sentença o Juiz declara não mais haver necessidade de produção de provas pelo réu, fornecedor, e julga a demanda com as provas do nexo de causalidade já produzidas.

Noutro passo, se o intérprete julgador constatar que não se confere verossimilhança as alegações do consumidor (autor) e, observando que a prova da inexistência do liame entre o defeito e o pretenso fato lesivo pode ser provada pelo réu (visto que ao autor é impossível ou muito difícil)²³, aplica o requisito de hipossuficiência antes da dilação probatório, como regra de procedimento.

Assim, as situações de regra de julgamento e de procedimento se fazem vincular a sucessiva aplicação dos requisitos de “verossimilhança” e “hipossuficiência”.

REFERÊNCIAS

²³ Neste ponto se encaixa o exame da razoabilidade do encargo do ônus probatório entre os litigantes, a fim de se estabelecer uma equilibrada paridade de armas.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp n. 422778-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti**, Brasília, 21 de julho de 2012. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1079945&sReg=200702335000&sData=20120621&formato=PDF>. Acesso em: 01 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 802.832-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino**, Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12437901&sReg=200502038653&sData=20110921&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 abr. 2013.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EICH, Raniere. **Inversão do ônus da prova no CDC e CPC**. Disponível em:
<<http://estudandoodireito.blogspot.com/2008/07/jus-navigandi-doutrina-inverso-do-nus.html>>. Acesso em: 27 nov. 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 34, n.13, jan./mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Traduzido por: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HOFFMAN, Paulo. **Inversão do ônus da prova prevista no CDC: aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KRIGER FILHO, Domingo Afonso. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LAMY, Marcelo. O princípio da legalidade sob ótica da teoria e da Jurisdição Constitucional. In: BRADÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coord.). **Princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 10, n. 59 abr./jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44).

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Traduzido por: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Ed. 70, 1999.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIBEIRO, Débora de Oliveira. **Inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor**. 2005. Dissertação (Mestrado). Departamento de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

SILVA, Bruno Ferreira e. **Inversão judicial do ônus da prova no CDC: Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPCRS, 1996.

WALTON, Douglas N. **Lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZARIF, Cláudio Cintra. **Ônus da prova nas ações coletivas: aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2005.

Correspondência | Correspondence:

Rodrigo Ribeiro Romano
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário,
s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.

Email: rodrigoribeiroromano@gmail.com

Recebido: 20/08/2012.

Aprovado: 01/04/2013.

Nota referencial:

ROMANO, Rodrigo Ribeiro. Reflexões sobre a inversão probatória no CDC: uma perspectiva da hermenêutica jurídica. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 2, p. 113-129, maio/ago. 2013. Quadrimestral.